

PROCESSO - A. I. Nº 207182.0031/15-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. (O ATACADÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JF nº 0160-03/16
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0189-12/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA **a.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. **2.** CONTA "CAIXA". SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Da apreciação do julgamento a quo, e das provas anexadas ao processo, onde o próprio autuante confessa e demonstra os erros, refazendo cálculos e pedindo a improcedência ou procedência parcial das infrações, seja por não ter observado DAE de pagamento do ICMS que foi lançado, seja por erro da alíquota aplicada, seja pela ausência de registro de vendas, assim como no cálculo da proporcionalidade na auditoria da conta caixa, entendo que não há reparos a fazer no julgamento de Primeira Instância. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal em 10/08/2016 (Acórdão de fls. 316/24) que julgou Procedente em Parte, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/06/2015, com o lançamento de ofício no valor histórico de R\$1.757.551,12, acrescido de multa, em decorrência da constatação das seguintes infrações, relativas aos exercícios de 2012/2014:

***Infração 1** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$446.526,72 acrescido de multa de 60%.*

***Infração 2** – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor total de R\$322.576,22, acrescido de multa de 60%.*

***Infração 3** – Deixou de efetuar o recolhimento de ICMS por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$249.639,66 acrescido de multa de 60%.*

***Infração 4** – Recolheu a menos ICMS por antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$55.847,89 acrescido de multa de 60%.*

***Infração 5** – Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de saldo credor de caixa, sendo lançado o valor de R\$682.960,63*

Após a apresentação da defesa e da correspondente informação fiscal, a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JF que julgou Procedente em Parte, por unanimidade, o Auto de Infração, o que fez nos seguintes termos, em resumo :

VOTO:

No mérito, as infrações 01 e 02 tratam respectivamente, da falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O impugnante alegou que no levantamento fiscal, a maioria das mercadorias trata-se de açúcar, cujas notas fiscais tiveram o imposto recolhido, haja vista que ao ultrapassar as divisas da Bahia, os agentes em atividade nos Postos Fiscais são rigorosos, efetuando a apreensão das mercadorias em caso de constatação de irregularidades, afirmou que não cometera tal infração. Disse que as notas fiscais de nº. 247051 e 247057, com data de 30 e 31/03/2011 respectivamente, constariam do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas, em duplicidade, nos meses de março e abril de 2011 e que o imposto teria sido recolhido no dia 01/04/2011.

O defendente aduziu ainda, que os créditos oriundos de pagamentos/recolhimentos dos DAE's com códigos 1755/ 2183/ 1179/ 2175/ 1878 não foram computados em nenhum demonstrativo exposto no Auto de Infração para apuração, conforme relação de recolhimentos coletados no sítio da SEFAZ /Bahia - Inspetoria Eletrônica - Pagamentos dos exercícios 2010/2011.

Na informação fiscal, o autuante explicou que, de fato, eram necessários ajustes nas infrações 01 e 02. Informou que no que diz respeito ao açúcar, por um lapso, a alíquota interna no período fiscalizado era 12% e nas planilhas inicialmente elaboradas constaram 17%. Quanto às alegações de cobrança em duplicidade com relação às notas fiscais 247.051 e 247.057 e recolhimentos com códigos de receitas 1755 /2183 /1179 /2175 /1878 relativos às notas fiscais relacionadas nos Demonstrativos (fl. 212/213), o autuado não apresentou provas vinculando as notas fiscais aos respectivos recolhimentos. Após os ajustes realizados declarou que na infração 01, o valor originalmente lançado passou para R\$135.235,72 e a infração 02 para R\$73.908,67, conforme planilhas fls. 285/288.

Analizando os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, verifico que os valores foram modificados em função da aplicação da alíquota correta para apuração do ICMS no que diz respeito a mercadoria açúcar, visto que a época destes fatos, a alíquota interna aplicável era 12%. Quanto aos demais produtos os cálculos foram elaborados em devida consonância com a legislação aplicável. Dessa forma, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e as infrações 01 e 02 remanescem em R\$135.235,72 e R\$73.908,67 respectivamente, conforme planilhas fls. 285/288.

Nas infrações 03 e 04 o autuado foi acusado de falta de recolhimento e recolhimento a menos, respectivamente, do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. Nas razões defensivas, o autuado solicitou a extinção total destes lançamentos por tratar-se de mercadorias (óleo de soja e charque) com redução da base de cálculo nas operações internas, e como estas mercadorias foram adquiridas em Estados cujas alíquotas eram 7% ou 12%, não haveria diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nos termos regulamentares.

Na informação fiscal o autuante reconheceu que as infrações 03 e 04, são totalmente improcedentes. Explicou que tal conclusão deve-se ao fato de que, por um lapso, aplicou para todas as mercadorias, a alíquota interna de 17%, em vez de 7% para charque e leite em pó e 12% para óleo refinado de soja.

Compulsando os elementos que compõem estas infrações, observo que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, tratam-se de charque, leite em pó e óleo de soja, mercadorias estas, que por força do artigo 87, inciso VII e XXXI do Regulamento do ICMS/97, vigente à época, nas operações internas estavam sujeitas à redução de base de cálculo e como foram adquiridas em Estados cuja alíquota era 7% ou 12%, não se poderia falar em diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, portanto, indevido o pagamento do ICMS antecipação parcial nos termos aqui exigidos.

Nessa trilha, acato as conclusões do autuante e as infrações 03 e 04 são insubsistentes.

Relativamente à infração 05, trata-se da falta de recolhimento do ICMS devido a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de saldo credor de Caixa, conforme demonstrativos fls.35/50. Nos termos informados pelo autuante, a apuração dos valores devidos, consignados no levantamento fiscal, tomou por base as informações eletrônicas disponibilizadas no banco de dados da SEFAZ, desembolsos com fornecedores - aquisições de mercadorias e serviços - demonstrativo fls.35/36 e Receita de vendas com base nas notas fiscais eletrônicas emitidas pelo autuado fls. 37/38. Vejo ainda, que foi aplicado o índice de proporcionalidade das mercadorias tributáveis, em atendimento a Instrução Normativa 56/2007, conforme fls. 289/290.

Em sede de impugnação, o autuado alegou que esta infração não procede, considerando que no período autuado comercializou em quase sua totalidade, com mercadorias isentas, enquadradas no regime de substituição tributária e sujeitas a redução de base de cálculo nas saídas. Disse ainda, que se houvesse esta diferença entre as entradas e as saídas do Caixa, tal irregularidade não se aplicaria a todas as entradas, pois não haveria omissão das saídas.

Analizando os demonstrativos que deram suporte a esta infração, verifico que de fato, causa estranheza que haja registro de "Vendas Zero" no mês de dezembro de 2011, conforme levantamento fiscal fl. 41 deste PAF. Entretanto, vejo que embora o impugnante alegue que não deixou de realizar vendas no referido mês conforme apontou o autuante, até esta fase do processo não trouxe uma nota fiscal sequer, que comprovasse o contrário. Neste caso, não cabe a esta Junta de Julgamento buscar provas que deveriam ser trazidas ao PAF pelo autuado para servir de amparo a suas alegações.

O autuante em informação fiscal afirmou que ante a defesa apresentada, revisou esta infração e constatou a não inclusão das entradas de mercadorias isentas para o cálculo da proporcionalidade das saídas tributadas, conforme previsto na Instrução Normativa 56/2007. Declarou que após os ajustes realizados, o valor original autuado em R\$ 682.960,63, passa para R\$419.909,90.

Ante as razões aqui expendidas, concluo que não podem ser acolhidas as alegações defensivas, considerando que os argumentos utilizados para a contestação, foram apresentados sem documentos que comprovassem a improcedência da imputação, ou seja, que confirmassem a inexistência de saldo credor de Caixa nos exercícios fiscalizados.

Assim, considerando a inexistência nos autos de prova capaz de elidir a acusação fiscal, acato os novos demonstrativos elaborados pela autuado e entendo que a infração 05 restou parcialmente caracterizada.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Constata-se que a 3ª JJF se posicionou em acolher parcialmente as infrações 1 e 2 tendo em vista o reconhecimento do próprio autuante no que diz respeito à mercadoria açúcar, que por um lapso, considerou a alíquota interna no período fiscalizado era 12% e nas planilhas inicialmente elaboradas constaram 17%, e também muitas das operações do lançamento encontravam-se com imposto pago. Nas infrações 3 e 4, o próprio autuante reconheceu que, por um lapso, aplicou para todas as mercadorias, a alíquota interna de 17%, em vez de 7% para charque e leite em pó e 12% para óleo refinado de soja e assim o julgador a quo confirmou a insubsistência. Por último, na infração 5, o autuante revisou esta infração e constatou a não inclusão das entradas de mercadorias isentas para o cálculo da proporcionalidade das saídas tributadas, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 e o impugnante não contestou os cálculos na alteração e foi assim julgada parcialmente procedente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo não interpôs Recurso Voluntário, restando tão somente a apreciação do Recurso de Ofício recorrido pela Junta de Julgamento recorre da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Da apreciação do julgamento *a quo*, e das provas anexadas ao processo, onde o próprio autuante confessa e demonstra os erros, refazendo cálculos e pedindo a improcedência ou procedência parcial das infrações, seja por não ter observado DAE de pagamento do ICMS que foi lançado, seja por erro da alíquota aplicada, seja pela ausência de registro de vendas, assim como no cálculo da proporcionalidade na auditoria da conta caixa, entendo que não há reparos a fazer na Decisão de primeira instância.

Face ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e mantenho a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207182.0031/15-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA. (O ATACADÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$629.054,29**, acrescido das multas de 60% sobre R\$209.144,39, 70% sobre R\$15.297,61 e 100% sobre R\$404.612,29, previstas no art. 42, incisos II, "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS